

Las Fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Positivo Salvadoreño

Jorge Alberto Gómez Arias ¹

1. Justificación.

El tema de las fuentes del derecho, es una de las cuestiones de análisis obligado en las ciencias jurídicas, sobre el cual deben discurrir los entendidos, al referirse a las ciencias jurídicas particulares y, en especial, los estudiosos de Filosofía del Derecho o Introducción al Derecho.

Debe señalarse in limine, que la expresión "fuentes del derecho", tiene un contenido múltívoco, debido a que es utilizado para determinar contenidos distintos. A ese respecto dice Kelsen: "El término fuentes del derecho, es una expresión figurativa y sumamente ambigua. No sólo se la emplea para designar los métodos de creación del derecho, sino también para caracterizar la razón de la validez del derecho, y especialmente, la última razón."² Por la finalidad didáctica de

este trabajo, se tratará de presentar un panorama que comprenda los múltiples aspectos del tema, con las limitaciones del caso, procurando vincularlo directamente con la normativa jurídica positiva salvadoreña; porque aunque hay coincidencia entre los juristas de las distintas partes del mundo, al identificar las fuentes del derecho, las diferencias brotan al analizar los casos particulares; así, el proceso legislativo, la reforma de la constitución o la potestad reglamentaría, para el caso, asumen características propias en cada Estado.

Lo anterior, porque, como es sabido, el derecho es una de las manifestaciones más típicas de la vida social, de ahí la propiedad del aforismo latino "ubi societas, ibi jus", el cual expresa el íntimo ligamen existente entre el derecho y la sociedad.

En el artículo "El lenguaje y los Conceptos del Derecho", A. Rojas Roldán,³ critica la frase "fuentes del

1 Exdecano de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Profesor de Derecho Constitucional, Derecho Laboral y Introducción al Derecho.

2 Kelsen, Hans. Principios de Derecho Internacional. Pág. 259. Editorial El Ateneo. Bs. As. Argentina. 1965.

3 "El Lenguaje y los Conceptos del Derecho", A. Rojas Roldán... Revista de Derecho, página 65, número 5-8, IV Época 1996, Imprenta Criterio, El Salvador.

derecho" por ser utilizada para designar a la ley, la costumbre, la jurisprudencia y demás, como si de ellas brotara el derecho; pero sostiene sólo son fuentes del sistema jurídico, y no del derecho que es universal. Ante esa objeción, cabe decir, que en el uso corriente del termino derecho, éste se aplica a una norma jurídica, a un sistema particular, o en forma general. Así se dice: tengo derecho a reclamar el pago de la deuda; el derecho penal salvadoreño es rigorista, o, el derecho pretende realizar el valor justicia. Como es fácil deducir, en los tres ejemplos anteriores se está usando debidamente la palabra derecho. No hay pues ninguna incorrección en el uso del término, sino de diferencia en cuanto a su amplitud.

En su acepción corriente, gramatical, la palabra fuente, significa principio, origen o fundamento de una cosa. El jurista C. Du Pasquier, por medio de una comparación da una brillante explicación de fuentes del derecho "El término fuente crea una metáfora bastante feliz, pues remontarse a las fuentes de un río, es llegar al lugar en que sus aguas brotan de la tierra; de manera semejante, inquirir las fuentes de una proposición jurídica, es buscar el sitio en que ha salido de las profundidades de la vida social a la superficie del derecho."⁴

Las fuentes del derecho son, en ultima instancia, lo que es invocado como derecho aplicable por el litigante

en sus escritos o por el Juez en la sentencia.⁵

2. Clasificación de las Fuentes del Derecho.

Como es fácil suponer, los juristas han enfocado el tema desde diversos puntos de vista; pese a ello, es posible identificar posiciones convergentes, que coinciden en otorgar la calidad de fuentes del derecho a la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

En ese orden, el conocido jurista filósofo italiano Giorgio Del Vecchio, sostiene que la fuente esencial del derecho es la naturaleza humana, la cual se expresa por medio de una voluntad social predominante a través de la costumbre y la ley.

Un criterio parecido se encuentra en el profesor de Oxford, Sir Paul Vinogradof, de conformidad al siguiente párrafo: "Por de pronto, parece claro que una norma jurídica puede ser hecha de antemano, con la finalidad expresa de regular los acontecimientos futuros, o declarada por los tribunales de justicia en el ejercicio de su jurisdicción. He aquí la distinción fundamental entre jurisdicción y derecho creado por los jueces".⁶

Rivacoba y Rivacoba,⁷ hace la siguiente clasificación de las fuentes del derecho: a) Basándose en los aspectos de una nota determinada: 1) Fuentes

4 (Du Pasquier Claude. Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica, Pág. 89, Lima 1944.)

5 Aftalión, García O. y Vilanova. Introducción al Derecho. Pag. 287. Editorial La Ley. Bs As 1987.

6 Vinogradof, Paul. Introducción al Derecho. Pág. 85. Fondo de Cultura Económica. México. 1957.

7 Rivacoba y Rivacoba, Manual de División y Fuentes del Derecho Positivo. Pág. 55 y s, EDEVAL, Chile. 1968.

de producción y fuentes de conocimiento; 2) Fuentes formales y fuentes materiales.

1) Las fuentes de producción son los órganos o sectores facultados para crear derecho: Órgano Legislativo, Órgano Ejecutivo, Particulares; las fuentes de conocimiento se refieren al modo de expresarse que adoptan las normas: Ley, costumbre, doctrina.

2) Fuentes formales y fuentes materiales. Estas últimas son los elementos de la realidad social o natural que proporcionan el contenido del derecho, Ejemplo criminalidad, aborto.

Las formales, son los modos de manifestarse. Equivale a las fuentes de conocimiento de la clasificación anterior.

b) Fuentes inmediatas y fuentes mediatas, atendiendo a la fuerza obligatoria propia que posean.

Las fuentes mediatas no tienen fuerza obligatoria por sí, pero la obtienen por medio de una fuente inmediata. Ejemplo: La doctrina la recibe de la sentencia Art. 421, del Código de Procedimientos Civiles; la costumbre la recibe de la ley. Art. 2 C. Civil.

3. Las Fuentes en el Derecho Positivo Salvadoreño.

Acogiendo algunas de las ideas anteriores, se hace una clasificación de las fuentes del derecho, en la normativa jurídica positiva en El Salvador, en la forma siguiente:

Fuente del Derecho:

Como razón de validez del orden jurídico.

Fuentes materiales y fuentes formales

Fuentes históricas

Fuentes de producción del derecho originada en la potestad normativa del órgano estatal.

Fuentes formales, en forma detallada.

3.1 Fuente de derecho, como razón de validez del orden jurídico.

En la actualidad, el orden jurídico de los Estados está compuesto por una extraordinaria diversidad de normas, aparentemente desordenada para los neófitos; de distinta jerarquía, y sobre cuestiones de muy diversa índole, las cuales han sido elevadas a la categoría de normas jurídicas, por la importancia que se les atribuye.

Esa ingente variedad de normas, puede analizarse desde dos ángulos diversos: por la materia que tratan, y por la forma de manifestarse. En lo referente a la materia, hay normas constitucionales, administrativas, civiles, mercantiles, penales, etc. Pero además, las normas jurídicas se expresan a través de leyes, decretos, tratados reglamentos, contratos, ordenanzas, reglas consuetudinarias.

No obstante, entre esa enorme pluralidad, se puede encontrar la unidad, pues todas ellas tienen un punto de referencia común, cual es la voluntad soberana del Estado, sin la cual no hay legitimidad, y, en consecuencia no

puede haber obligatoriedad. Como lo señala certéramente el jurista Recasens Siches, al hablar de voluntad estatal, ella no se refiere a un sujeto físico, real, no es una voluntad psicológica. La voluntad del Estado, consiste en un conjunto de actos que realizan individuos determinados, los cuales han sido debidamente autorizados por el ordenamiento jurídico para desarrollar esa función.⁸

Para que un acto humano pueda tener los caracteres de alteridad y coercibilidad, que caracterizan a la norma jurídica, debe tener obligatoriamente la sanción, es decir, la aprobación del Estado. Determinar los comportamientos humanos, que deben ser elevados a la categoría de normas jurídicas, es una cuestión de filosofía política.

Todo lo dicho, lleva necesariamente a la identidad entre Estado y Derecho. El Estado sólo puede manifestarse por medio del orden jurídico, y el Derecho solo puede tener eficacia en el Estado, tal como lo expresa Kelsen, concluyendo: El Estado es el Derecho.

La estructura y organización del Estado, está sujeta a regulación jurídica; y el Estado en su conjunto, así como sus diversos órganos, individuales o colegiados, sólo pueden manifestarse por medio de actos jurídicos.

En conclusión, todo derecho positivo, para ser así considerado, debe estar fundado en la potestad soberana del Estado.

Lo anterior, no es óbice para señalar que, junto al fenómeno jurídico,

existe en el Estado una realidad histórica, una realidad socioeconómica, entre otras, lo cual lleva a la conclusión de que, si bien el derecho ocupa un lugar muy importante dentro del Estado, éste, el Estado no se agota en el derecho.

3.2 Fuentes materiales y fuentes formales.

Anteriormente se hizo referencia a estas fuentes.

Las fuentes materiales o reales, son los factores físicos, sociológicos, económicos, ideológicos, o de cualquier otra índole, los cuales, debido a la importancia que les concede el legislador, son objeto de regulación jurídica. Para el caso, un terremoto; una inundación que destruye viviendas y cosechas; la recesión económica; la delincuencia generalizada; las relaciones comerciales; la vida y la muerte de las personas, todo eso, y cualquier otro fenómeno de trascendencia social, constituye fuente material del derecho.

Los acuerdos políticos entre los alzados en armas y el Gobierno salvadoreño, en Chapultepec, México, 1991, llamados Acuerdos de Paz, constituyen una fuente material de suma importancia, que ha dado lugar a la reforma constitucional, y a la promulgación o reforma de diversas leyes.

“Fuentes materiales son aquellos factores reales que gravitan en el ánimo de los jueces, legisladores, juristas, y pueblo, como las tendencias ideológicas, creencias religiosas, concepciones filosóficas, prejuicios, usos, tradiciones, la posición social, política y económica de los litigantes y

⁸ Cfr. Recasens Siches, Luis. Introducción al Derecho. Pág. 168. Editorial Porrúa. México 1972.

jueces”.⁹

Las fuentes formales como lo indica su nombre, se refieren al modo de manifestarse, a la forma que tienen las normas jurídicas. Las más conocidas son la ley, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. A ellas se hará referencia adelante, en un análisis especial de cada una de ellas.

3.3 Fuentes históricas.

Estas fuentes se refieren al particular momento histórico en que surgió la norma jurídica, remontándose a las circunstancias especiales que justifican su nacimiento, a como se manifestaron los sectores sociales, sea en favor o en contra de sus aprobación. Por ejemplo, en el ámbito nacional, como en muchos países más, se viene discutiendo en forma persistente, acerca de las bondades y aspectos negativos del neoliberalismo, de la pertinencia o no de la venta de las empresas estatales a los particulares. Todo ese debate periodístico, televisivo, radial, los foros o mesas redondas y las discusiones a nivel de la Asamblea Legislativa, todo ello constituye una fuente histórica valiosa, para interpretar o ejecutar debidamente la ley respectiva.

Abundar en las fuentes históricas, en consecuencia, es investigar todo lo relativo a los factores que influyeron para que se aprobara la ley. Determinantes para la interpretación de la misma, suelen ser los considerandos que encabezan el texto legal, porque ahí se encuentra la justificación de la ley.

A la interpretación histórica se refiere el Art. 19. Inc. segundo del Código Civil: “Art. 19- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

“Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestada en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento”

La Constitución, en el Art. 268, hace una referencia explícita a las fuentes históricas directas, a las que deberá recurrirse en la interpretación de la ley fundamental:

Art. 268. Se tendrán como documentos fidedignos para la interpretación de esta Constitución, además del Acta de la Sesión Plenaria de la Asamblea Constituyente, las grabaciones magnetofónicas y de audiovideo que contienen las incidencias y participación de los Diputados Constituyentes en la discusión y aprobación de ella, así como los documentos similares que se elaboraron en la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución. La Junta Directiva de la Asamblea Legislativa deberá dictar las disposiciones pertinentes para garantizar la autenticidad y conservación de tales documentos”.

4. Fuentes de producción normativa de los órganos estatales.

4.1 Potestad Constituyente.

Es la fuente de producción normativa de más alto rango en el Estado; en virtud de esa potestad, se

9 Torres Larroze, Federico. Manual de Introducción al Derecho. Pag. 107. Editorial La Ley - Argentina. 1967.

autoorganiza el ente estatal, encuadrando su accionar jurídico político en la Carta Fundamental.

Según el jurista alemán Carl Schmitt, "la potestad constituyente, es la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre el modo y forma de la propia existencia política."¹⁰

La potestad constituyente, puede ser primigenia u originaria, o derivada. La primera, reside en el pueblo, titular de la soberanía. Art., 84 de la Constitución. Este poder constituyente originario, se expresa principalmente en la votación para elegir a los funcionarios de elección popular, Art. 89 inc. últ. Const. La potestad constituyente derivada, se ejerce por medio de los órganos responsables de redactar o reformar la Constitución Art. 248 Const.

No prevé nuestro ordenamiento legal, la existencia de otras normas jurídicas de igual o similar jerarquía de la norma constitucional, tal como la tienen otros Estados. No obstante, en las Constituciones salvadoreñas de los años 1886, 1939 y 1944, se establecían las Leyes Constitucionales, las cuales eran la Ley de Imprenta, la Ley de Estado de Sitio, la Ley de Amparo, y la Ley Electoral. Estas leyes tenían la característica de que se reformaban de la forma prevista para modificar la Constitución, por lo cual revestían una jerarquía superior a las demás leyes.

10 Schmitt, Carl.- Teoría de la Constitución, Pág. 86 Editora Nacional - México . 1952.

4.2 Potestad Legislativa.

Consiste en la facultad que la Constitución otorga a determinados órganos del Estado para elaborar, modificar, derogar e interpretar auténticamente las leyes y ratificar los tratados.

Como una garantía para los gobernados, el texto constitucional establece, cómo debe desarrollarse el proceso legislativo en sus distintas fases; de no cumplirse con ese proceso preestablecido, podría dar lugar, si se entabla la demanda respectiva, a que se declare inconstitucional la ley, por su forma, de parte de la Sala de lo Constitucional. Art. 183 Const.

El ejercicio de la potestad legislativa, compete principalmente a la Asamblea Legislativa y al Presidente de la República por medio de sus Ministros, Arts. 131 números 5 y 7, 135 y 168 Nos. 4 y 8 Const.

Se dice principalmente, porque por excepción, el Art. 133 números 3 y 4 Const., concede iniciativa de ley limitada, a la Corte Suprema de Justicia y a los Concejos Municipales.

4.3 Potestad Reglamentaria.

El texto constitucional, en Arts. diferentes otorga a distintos órganos la potestad de emitir reglamentos; oportunamente se tratará el tema, en relación a los distintos clases de reglamentos y su jerarquía. Le corresponde, principalmente al Presidente de la República 168(14).

La potestad reglamentaria esta regulada en los Arts. 167 No. 1, 168 No. 14, 204 No. 5, 131 No. 1, 195 No. 6. Const.

No se agota el ejercicio de la potestad reglamentaria en el Órgano Ejecutivo, quien doctrinaria e históricamente es el titular de ella, pues como puede corroborarse, en base a los preceptos citados, también, aunque limitadamente, la tienen la Asamblea Legislativa, los Concejos Municipales, la Corte de Cuentas, entre otros.

4.4 Potestad Jurisdiccional.

Es aquella que la Constitución concede al Órgano Judicial, conformado por la Corte Suprema de Justicia, y demás tribunales, para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado Art. 172 Const.

Esta facultad le compete a todos los Tribunales, ordenados jerárquicamente; se concretiza en las sentencias definitivas y demás resoluciones que dictan esos tribunales.

4.5 Potestad normativa de los particulares.

En forma colectiva, como integrantes del grupo social, los particulares tienen la titularidad de una de las fuentes del derecho más dinámicas e importantes, como es la costumbre, en especial en los países de derecho consuetudinario (*ius non scriptum*).

En los países de derecho escrito, como el nuestro, también los particulares desempeñan una función muy relevante, en el ejercicio del derecho corporativo, en las asociaciones de interés particular, en los sindicatos, cooperativas, sociedades. Así también en función de la autonomía de la voluntad- Art. 23 Const. y 1416 del Código Civil, en los negocios jurídicos de derecho privado.

5. Fuentes Formales del Derecho.

Como se dijo antes, las fuentes materiales o reales, se oponen a las fuentes formales; estas son las formas de conocimiento, de manifestarse el fenómeno jurídico; dicho en forma más sencilla, el modo como se presenta el derecho.

Hay conformidad entre los estudiosos del tema, al señalar como fuentes formales del derecho a la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina.

5.1 La Ley.

La palabra ley, en sentido jurídico, es utilizada popular y académicamente con dos acepciones distintas que es importante delimitar; para ello se seguirán las opiniones coincidentes sobre el tema, de Del Vecchio y Kelsen, que son aceptadas tácitamente por los tratadistas. En consecuencia, debe distinguirse entre ley, *lato sensu*, o sea en sentido material; y ley *stricto sensu*, ley en sentido formal.

Ley material, es toda norma de conducta obligatoria, coercible, de carácter general, cualquiera que sea su origen, sancionada por el Estado. Están en esta categoría, la Constitución, la ley propiamente dicha, el tratado, el reglamento, la costumbre.

Ley, en sentido estricto o formal, es la regla, obligatoria y general, elaborada de acuerdo con el procedimiento *ad hoc* establecido por la Constitución. A ella se hizo referencia al hablar de la potestad legislativa, la cual, como se dijo, le corresponde esencialmente a la Asamblea Legislativa y al Presidente de la República por medio de sus Ministros.

Para cumplir los objetivos propuestos, el presente estudio comprende el análisis de las dos acepciones, con las aclaraciones que sean oportunas.

Así, se tratará la Constitución, la ley propiamente tal, los tratados, los reglamentos, haciendo referencia a otras regulaciones las cuales se les otorga categoría de ley.

5.2 La Constitución.

Es el documento que contiene el ordenamiento jurídico esencial, sobre el cual gravita toda la actividad del Estado; es conocida también con otras denominaciones, Carta Magna, Ley de Leyes, Código Máximo, Ley Fundamental, Ley Primaria, entre otras.

El constitucionalismo moderno, se inicia con la Constitución de los Estados Unidos de 1787, aun vigente con enmiendas; después, durante la Revolución Francesa, la Constitución de Francia de 1791, luego, los países europeos poco a poco se incorporan al régimen constitucional, el cual se ha extendido actualmente a todos los Estados del mundo.

En lo atinente a la Constitución, no cabe discutir en nuestro ordenamiento si es o no fuente mediata o inmediata de derecho, pues la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional ha establecido, que la Constitución es fuente directa, obligatoria, en los términos siguientes: "La Constitución no es una simple disciplina sobre las fuentes del derecho, sino que ella es efectivamente fuente del derecho; lo que supone que de ella dimanen derechos y obligaciones para los particulares y para los entes estatales, aun el Legislativo. Esta

aptitud para regular en su forma y fondo tanto la producción de normas infraconstitucionales, como actos y omisiones de particulares y entidades estatales, es lo que Hesse denominó fuerza normativa de la Constitución".¹¹

5.2.1 Definiciones.

- "La Constitución es la suma de los factores reales de poder que rigen en un país. Fernando Lasalle (1825 - 1864).

Según este político alemán francés, existe la Constitución real representada por el conjunto de fuerzas político-económicas que dominan la vida de un país; por otra parte, está la constitución formal, documento en el cual se describe el ordenamiento jurídico del Estado.¹²

- "Es un texto escrito, elaborado con formalidades más o menos solemnes y que define la organización política de un país".¹³

- "La constitución es una norma jurídica, pero una norma cualitativamente distinta de las demás por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir

11 Sentencia de inconstitucionalidad contra distintos preceptos de la Ley Transitoria de Emergencia contra la delincuencia y el Crimen Organizado. Pág. 72. Publicaciones Especiales de la Corte Suprema de Justicia No. 23. El Salvador. Febrero 1997.

12 Lasalle, F. ¿Qué es una Constitución? Pág. 49. Editorial SXX, Buenos Aires. 1964.

13 Duverger, Mauricio. Instituciones Políticas y Derecho Constitucional. Pág. 4. Editorial Ariel, España. 1962.

el orden de convivencia política, y de informar todo el ordenamiento jurídico. Por ello el Tribunal Constitucional Español ha señalado -en gráfica expresión- que es la norma fundamental y fundamentadora de los particulares frente al Estado.”¹⁴

Concepto racional normativo de Constitución, de García Pelayo: “es un complejo normativo establecido de una sola vez, y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática, se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos.”¹⁵

La constitución es el documento jurídico político en el cual está contenido el ordenamiento inmanente del Estado, los órganos esenciales que lo conforman, sus competencias, las relaciones, entre si y con los particulares, y los derechos fundamentales de los particulares frente al Estado.

5.2.2 Partes de la Constitución.

Generalmente se distingue en el texto constitucional, la parte orgánica y la parte dogmática.

En la parte orgánica, se regula la forma de Estado y de gobierno, los órganos principales, sus atribuciones, composición; el sistema electoral; las relaciones entre los distintos órganos, la

14 Gutiérrez Castro, G. M. Catálogo de Jurisprudencia. Pág. 77. Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia. 3era. Edic. El Salvador. 1993.

15 García Pelayo, Manuel Derecho Constitucional Comparado. Pág. 34. Editorial Revista de Occidente. España. 1967.

forma de modificar la Constitución.

La parte dogmática, comprende el desarrollo de los derechos esenciales de los particulares. Debe distinguirse entre ellos, los derechos individuales Art. 2 a 28 Const., derechos sociales, Arts. 32 a 70 Const., y derechos políticos Art. 71 a 82 Const. Estos últimos, corresponden únicamente a los ciudadanos.

5.2.3 Características de las normas constitucionales.¹⁶

Fundamentalidad. Consiste en el carácter esencial de la norma constitucional, que forma el núcleo de la normativa jurídica del Estado; la base del complejo ordenamiento legal, con normas de diversas clases y contenido, necesarias para el funcionamiento del Estado moderno.

A ello, se agrega, que la norma constitucional es la fuente formal de validez del orden jurídico positivo, porque toda norma jurídica, en su forma y fondo, debe sujetarse al encuadramiento constitucional, que salvaguarda los valores supremos del Estado.

La fundamentalidad es una característica relevante, que debe tenerse presente al momento de interpretar la Constitución.

Supremacía. Por su carácter de norma de mayor jerarquía en el Estado, en virtud de lo cual, todas las restantes normas jurídicas deben acomodar su contenido al texto fundamental, sin poderlo contradecir.

16 Bertrand G. Tinetti y otros. Manual de Derecho Constitucional T I. Pág. 134 y 9. Proyecto de Reforma Judicial. El Salvador. 1992.

El principio de supremacía constitucional, en la actualidad incorporado expresamente en todas las Constituciones, como es sabido, surgió a partir de una resolución de la Suprema Corte de Estados Unidos, en 1803, en el caso *Marbury Versus Madison*, en la cual el Juez Marshall sostuvo que había que anular una ley dictada por el Congreso, excediendo sus atribuciones constitucionales. Este principio ha tenido una recepción general y un amplio desarrollo en todos los países.

La supremacía Constitucional, en consonancia con la concepción de la estructura jerárquica del orden jurídico, se consolida con la aparición de la obra *La Teoría Pura del Derecho*, en 1934, de Hans Kelsen; en ella, el jurista vienés desarrolla su teoría sobre el orden jerárquico, entre las distintas clases de normas jurídicas estatales, ocupando el rango más alto, la Constitución, luego, con menor jerarquía, las leyes; después los reglamentos, y finalmente, la norma individualizada: sentencia, acto administrativo, contratos.

Todas nuestras Constituciones, en una u otra forma, han reconocido la supremacía constitucional. La Constitución actual, de 1983, señala la supremacía constitucional en los artículos 185, 235 y 246. La Supremacía Constitucional y la fundamentalidad, están íntimamente vinculadas, evidentemente.

Demostrabilidad. Toda persona debe tener la posibilidad de conocer el contenido del texto constitucional. En una democracia, ello es parte esencial de los valores primarios, justicia, seguridad, bien común, porque la consulta expedita a la

Ley Fundamental, no solo por curiosidad informativa, sino para que todos tengan el indispensable conocimiento de los derechos y deberes de cada quien, es consustancial con el Estado de derecho. En conclusión, las constituciones deben ser escritas, forma idónea para que todos puedan consultar su texto.

SISTEMATIZACIÓN. La Constitución es un sistema normativo, ello significa que conforma un conjunto de reglas jurídicas o principios, relacionados entre sí, ordenados racionalmente, los cuales integran la unidad, a efecto de realizar una finalidad determinada, en este caso, el desideratum es consolidar la justicia y la armonía social.

Imperatividad. Imperativo significa que manda, obliga, fuerza. En ese orden, todas las normas jurídicas son imperativas, porque emanan del poder estatal, en el caso de las normas constitucionales, la imperatividad adquiere un carácter superlativo, por tratarse de la norma de mayor rango en el Estado.

El Art. 244 Const. determina que la infracción o alteración de las normas constitucionales, serán especialmente penados por la ley. Lo anterior, hasta ahora, ha sido una mera declaración retórica, pero es importante, porque muestra el interés del legislador en garantizar el cumplimiento de la Constitución.

Como consecuencia inmediata de su imperatividad, la norma constitucional tiene aplicación directa; es vinculante per se y erga omnes (contra todos), sean funcionarios o particulares. Condicionar la aplicación de una norma constitucional, a la

existencia de una ley que la desarrolle, el subestimar y subordinar la positividad de la Constitución, al contenido de una norma de inferior jerarquía, lo cual es contrario a la recta razón.

5.2.4 Clases de Constitución.¹⁷

Constituciones Rígidas y Flexibles.

Es una de las clasificaciones más conocidas, popularizada por el jurista inglés James Bryce, quien escribió un libro con ese título. RÍGIDAS, son aquellas Constituciones que son creadas, modificadas o derogadas, según un procedimiento especial, solemne, el cual se encuentra establecido en la misma Carta Fundamental. Este es el tipo de Constitución propio de los Estados modernos.

En El Salvador, todas las Constituciones salvadoreñas, han sido rígidas, pero únicamente la actual, ha sido reformada siguiendo el procedimiento en ella establecido. Las demás Constituciones salvadoreñas, han sido derogadas en su totalidad, a consecuencia de golpes de Estado.

El Art. 248 Const. regula la reforma constitucional. El último inciso de ese Art. 248 Const. contiene una prohibición para que no pueda reformarse aquello relacionado con la forma y sistema de gobierno, Art. 85 Const. el territorio de la República, Art. 84 Const.; y la alternabilidad presidencial Art. 88 Const; Ese tipo de prohibición, es conocido

17 Cfr. Romero Pérez, J. E. Ideas sobre el problema de la Constitución Política. Editorial Universidad Estatal a Distancia. Costa Rica. 1991.

doctrinariamente, con el nombre de "Cláusula de intangibilidad" o "Cláusula Pétrea". A ese respecto, los comentaristas señalan que es muy discutible, la validez política o la racionalidad de estas prohibiciones, que pretenden atar a las generaciones futuras, cerrándoles el derecho, o pretendiendo negarles, la facultad de modificar su Constitución; porque en un medio social evolutivo sujeto a cambios constantes, nadie debe pensar que su tesitura va a permanecer eternamente.

Las Constituciones flexibles, carecen de una regulación expresa en su texto, referida a la modificación o derogación del marco normativo esencial, en consecuencia, siguen el procedimiento establecido para las leyes. (secundarias).

Constituciones codificadas y dispersas.

Por la forma como se presentan. Las Constituciones codificadas, son aquellas que agrupan, sistemáticamente, en un solo texto, la totalidad del ordenamiento fundamental, emanado del poder constituyente.

Las constituciones salvadoreñas, incluidas las constituciones federales, han sido codificadas. Esta es la modalidad que asumen las constituciones modernas.

Las Constituciones dispersas, que algunos confunden con las constituciones no escritas, como su nombre lo indica, constan de varios actos constitutivos, que se van sucediendo a lo largo de décadas o siglos; complementadas con la costumbre jurídica sobre el particular;

todo ello configura la Constitución del Estado. El modelo de esta clase de carta fundamental, lo tenemos en la Constitución del Reino Unido, conocido también con el nombre de Inglaterra o Gran Bretaña, la cual está conformada por distintos documentos, reforzados por la costumbre, en un proceso de siglos de duración.

Constituciones otorgadas, pactadas, impuestas y autoimpuestas.

Atendiendo al origen de las cartas fundamentales; únicamente tiene valor histórico actualmente.

Las Constituciones otorgadas, son el resultado de una concesión graciosa del Rey, que considera conveniente dotar a sus súbditos de una constitución, cuya vigencia y eficacia seguirán dependiendo de su voluntad, para el caso, como ejemplo, la Constitución francesa de 1814, con Luis XVIII, y otras de esa época.

Constituciones pactadas.

Como lo sugiere su nombre, son el producto de una confrontación entre los diversos grupos hegemónicos interesados en resguardar sus intereses, en contra del poder monárquico. Un ejemplo de este tipo de Carta, es la Constitución de Cádiz, España 1812, negociada por las Cortes (parlamento) y el Rey, Fernando VII; así también la Constitución francesa de 1791.

Constituciones impuestas.

Esta Constitución, es el resultado de la voluntad unilateral y arbitraria del titular del poder, que señala el contenido de la misma, según su voluntad. En los Estados

latinoamericanos, hay muchos ejemplos de este tipo de Constitución, en las cuales no se consulta la voluntad popular.

Constituciones Auto impuestas (democráticas). Son el resultado del libre debate entre las diferentes fuerzas sociales, económicas, políticas, religiosas, y otras, determinantes en el Estado, teniendo como producto un documento que contiene y representa la voluntad jurídico política de las corrientes predominantes en el Estado, en un determinado momento histórico.

Esta clase de Constitución, es el modelo a seguir por todos los Estados.

5.3 La Ley.

5.3.1 Concepto, etimología, definiciones.

Como quedó dicho, la ley en sentido estricto o formal, es la regla de comportamiento de carácter general, obligatoria y coercible, emanada de los órganos destinados al efecto por la Constitución, siguiendo el proceso ahí establecido, mediante la cual se pretende realizar la Justicia de Seguridad y el Bien Común.

Cuando la Constitución se refiere a "la Ley", alude a la ley en este sentido, formal o estricto.

En los países de derecho escrito, la ley es la principal fuente de derecho, y se manifiesta por medio de leyes aisladas o en Códigos.

Ley de Extranjería, Ley de Transporte, Ley General de Educación.

El código, es un conjunto sistemático y ordenado de leyes sobre una determinada rama del derecho.

Código Civil, Código Penal, Código Electoral, etc.

Etimología.

En relación a la etimología de la palabra ley, no existe consenso entre los autores. Para el celebre jurista y orador latino Ciceron, procede de legare, elegir, porque el legislador escoge, elige la norma que considera más conveniente.

Otros, sostienen que se origina en el verbo latino legare, leer porque en esa forma tomaba conocimiento de ella el pueblo romano.

También se dice que proviene del sánscrito legeim, ligar, porque la ley vincula siempre dos o más conductas.

Definiciones.

Ley tanto quiere decir como leyenda, que contiene enseñanza, escrito que liga y apremia la vida del hombre para que no haga mal, y muestra y enseña el bien, que el hombre debe hacer o usar. Las Siete Partidas, de Alfonso X., el Sabio.

La ley es ordenación de la razón, destinada al bien común, y promulgada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad. Tomás de Aquino.

Es una regla social obligatoria, establecida con carácter permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza. Planiol.

Definición legal de ley. Art. 1º del Código Civil:

“La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la

Constitución, manda, prohíbe o permite.”

La anterior definición, se debe al genio del sabio jurista venezolano Andrés Bello, autor del Código Civil Chileno de 1857, cuyo texto fue adoptado por El Salvador, en el Código Civil de 1860.

Ese código civil Chileno, ha servido de modelo para muchos otros códigos latinoamericanos.

Habla de “una declaración de la voluntad soberana”, es decir que se origina en el poder político supremo del Estado; hay otras declaraciones del soberano, por ejemplo, el veredicto del jurado, las sentencias judiciales, la elección de funcionarios, entre otras.

“Manifestada en la forma prescrita por la Constitución”, significa que, como garantía de seguridad jurídica, el texto fundamental establece inequívocamente, el procedimiento a seguir para elaborar la ley, Art. 133 y sig. Const., el cual no puede violentarse “manda, prohíbe o permite”, lo cual da lugar a clasificar las leyes en imperativas, prohibitivas y permisivas..

Se ha criticado esta definición, en su fondo, porque no señala con claridad cuál es el objeto de la ley, y también por su forma, , porque tal como está redactada, pareciera que manda, prohíbe o permite, por estar manifestada en la forma prescrita por la Constitución, y no por provenir del soberano.

El jurista salvadoreño Dr. Ángel Gochez Castro, en sus "Comentarios al Código Civil", hace la siguiente crítica al Art. 1 del Código Civil". Nosotros creemos que el haber definido la ley en el Código, es una intromisión indebida en los dominios de la ciencia, que da lugar a anomalías como esta: el propio

artículo primero, no es ley, porque no manda, ni prohíbe, ni permite nada: y aun cuando así no fuese, ninguna utilidad resulta, de incluir en un cuerpo de leyes, tal definición. La naturaleza obligatoria de la ley impone que ésta sea eminentemente practica y útil.”¹⁸

5.3.2 Características de las Leyes.

Estas características, valga la aclaración, también pueden predicarse de la Constitución y el reglamento, en alguna medida.

- Generalidad. El Art. 3 Const. establece la igualdad ante la ley. Los mandatos legales son obligatorios para todos aquellos que estén en la situación prevista por la norma, lo cual constituye una de las características sine qua non de la democracia, suprime los privilegios, y todas las personas están al mismo nivel ante de la ley.

- Abstracción. Las leyes plantean situaciones hipotéticas, de carácter relevante, referidas a hechos o actos humanos.

- La eficacia de la técnica legislativa, reside en la habilidad para prever la situación genérica, la cual constituye el supuesto jurídico: deudas, moroso, homicida, despido de un trabajador, y muchas más, que dan lugar a la consecuencia jurídica.

- Obligatoriedad. Ello implica principalmente, que constituye un mandato del Estado; el cual es

coercible y que es el resultado de un proceso legislativo determinado en la constitución.

- Permanencia. Es una norma obligatoria estable, perdurable. A este respecto Planiol dice que todo mandato de autoridad pública que se va a ejecutar sólo una vez no es una ley, sino un acto administrativo; de suerte que cuando la Asamblea Legislativa aprueba la introducción de un automóvil sin impuestos, para una rifa de carácter benéfico, o le concede la ciudadanía a un extranjero por servicios relevantes prestados a la nación, éstos decretos son leyes por su forma no por su fondo. Este carácter no se viola cuando se dicta leyes temporales, pues la misma ley limita su duración.

5.3.3 Proceso Legislativo.

Conocido también como proceso de formación de la ley o legislación “llámese legislación a la actividad de ciertos órganos especializados, encaminada conscientemente al establecimiento de normas jurídicas.”¹⁹

“Legislación es el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes.”²⁰

En los países democráticos, y de derecho escrito, el proceso que debe seguirse para la formación de la ley,

19 Kelsen, H. Teoría del Estado. Pág. 302 Editora Nacional. México 1965.

20 García Maynez, E. Introducción al Estudio del Derecho. Pag. 52. Editorial Porrúa. México 1968.

18 Revista del Ministerio de Justicia. Pág. 215. 216. Imprenta Nacional. El Salvador. 1959.

esta debidamente establecido en la Constitución como una garantía de regularidad jurídica sujeto al control de constitucionalidad como quedó dicho en Art. 183 Const. Así los artículos 131, número 5 y 7, el Art. 168 número 8 y 133 a 143 Const. se refieren específicamente al proceso legislativo o legislación lo cual se complementa con el Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, el cual viene a completar la regulación jurídica del proceso de formación de la ley salvadoreña.

Llámase proceso, porque consta de una serie de actos, con una secuencia preestablecida, que finalizan normalmente con la puesta en vigencia de la ley.

Etapas del proceso de formación de la ley o proceso legislativo:

Iniciativa de ley; Fase Legislativa, Fase Ejecutiva, Vigencia.

5.3.3.1 Iniciativa de Ley.

Es la facultad que la Constitución otorga a ciertos funcionarios u órganos colegiados estatales, para presentar proyectos de ley al órgano Legislativo, a efecto de que se les dé el trámite legal, desaprobandolos o convirtiéndolos en ley.

La iniciativa de ley, constituye un derecho subjetivo de carácter público, cuyos destinatarios los establece el Art. 133 Const. taxativamente, ellos son: "1- Los diputados; 2- El presidente de la República por medio de sus Ministros; 3- La Corte Suprema de Justicia en materias relativas al Órgano Judicial, al ejercicio del Notariado y de la Abogacía, y a la Jurisdicción y

competencia de los tribunales; 4- Los consejos Municipales, en materia de impuestos municipales".

Del texto anterior se deduce, que en los dos primeros casos del Art. 133 Const. la iniciativa de ley es general, total. Tanto los diputados, individual o colectivamente, como el Presidente, por medio de sus Ministros, ya que por si solo no puede hacerlo, Art. 163 Const., pueden hacer llegar sus proyectos de ley al Órgano Legislativo, sobre cualquier asunto que consideren con la importancia necesaria para ser regulado legalmente.

La iniciativa de ley restringida, la establece el Art. 133 números 3 y 4, Const. para la Corte Suprema de Justicia y los Consejos Municipales, como órganos colegiados y no a sus miembros individualmente; en el 133 No. 4, la iniciativa se reduce a proponer los impuestos de su comprensión municipal, lo que en la anterior Constitución era conocida como Tarifa de Arbitrios Municipales, con ello se cumple el principio de legalidad de las cargas impositivas Art. 231 Const. y 204 No. 1 Const.

Formalmente, para ejercer la iniciativa de ley, el titular de ella, debe presentar a la Oficialía Mayor de la Asamblea Legislativa el correspondiente Anteproyecto de ley, quien deberá enviarlo a la Junta Directiva de la misma.

No existe en la Constitución la iniciativa popular, por medio de la cual se permite que un número considerable de ciudadanos, puedan presentar directamente un proyecto de ley al legislativo: "La iniciativa popular consiste en la transmisión de la potestad de iniciar el procedimiento de revisión constitucional o de formación de la ley,

a una determinada fracción del cuerpo electoral.”²¹

Esta es una forma moderna de democracia directa, incorporada, entre otras, a las actuales Constituciones de Italia, Alemania, España, Colombia.

5.3.3.2 Fase Legislativa.

Es la etapa más importante del proceso legislativo, en ella tiene lugar el estudio del proyecto de ley; la intervención de expertos que asesoran e ilustran sobre cuestiones técnicas que desconocen los diputados; la participación de sectores interesados en que se apruebe, modifique o rechace el proyecto de ley; el conocimiento y discusión del contenido por el pleno, y finalmente la aprobación o rechazo de la ley.

Frecuentemente, a causa de la importancia del proyecto de ley, se movilizan amplios sectores de la población, grupos de presión, camarillas hegemónicas, sindicatos, medios de comunicación social, que influyen en la opinión pública, directamente en los diputados, a favor o en contra de la ley. Los legisladores siempre están expuestos a presiones, o halagos de distinto tipo.

En los países capitalistas desarrollados, especialmente en los Estados Unidos, se ha difundido una práctica para influir directa o indirectamente, en los legisladores y demás altos funcionarios del gobierno a través de agencias especializadas, quienes defienden los intereses de sus clientes, generalmente grandes

empresas nacionales o extranjeras, poderosas asociaciones, gobiernos interesados y otros. Esta actividad es conocida con el nombre de Lobbying (cabildeo), existiendo miles de estas agencias, tanto en la capital (Washington), como en los Estados. Aunque se ha combatido y criticado el Lobbying (cabildeo), éste se ha mantenido a lo largo de la vida independiente del país, arraigándose en el quehacer político, en el cual desempeña una función muy importante. En vista de ello, a partir del acta de 1946, se ha tratado de controlarlo, llevando un registro de ellos, obligándolos a declarar sus gastos, entre otras cosas.²²

Aunque no en esa forma tan profesional y efectiva, en mayor o menor grado, esta practica se acostumbra en todos los países, con la diferencia de que no es una actividad permanente, sino coyuntural u ocasional.

Conforme al Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa, una vez presentado el Anteproyecto, por quien tiene iniciativa de ley, se convierte en proyecto de ley.

Primera Lectura.

La Junta Directiva, lo deberá incluir oportunamente en la agenda para que se le de la Primera Lectura, ante el pleno Art. 31 RIAL. De conformidad con el Art. 123 Const. para sesionar se necesita la mayoría de los diputados, es el Quórum para deliberar, o sean 43 diputados; para tomar resolución, o

21 Biscaretti di Ruffia, Paolo. Derecho Constitucional. Pág. 422. 3ª. Edición, Editorail Tecnos-Madrid. España 1987.

22 Dión, León. Los grupos y el Poder Político en los Estados Unidos. Pág. 126. Editorial Grijalbo. México 1967.

quórum para resolver, si se trata de asuntos corrientes, en la mitad mas uno, 43 diputados. En casos especiales, se precisa una votación calificada, 2/3 ó _ favorables de los diputados electos, según el caso.

Después de la Primera lectura, el Presidente de la Asamblea decide la Comisión o Comisiones que deben emitir dictamen sobre el Proyecto Art. 8 y 31 RIAL.

Dictamen de la Comisión.

Los diputados se encuentran integrando comisiones responsables de estudiar el proyecto. Pueden solicitar la asesoría técnica que necesiten, y escuchar las opiniones de los sectores interesados, para que, finalmente, elaboren un dictamen de carácter ilustrativo para hacerlo del conocimiento del pleno Art. 40 y 20 RIAL.

Especialmente, ante una situación apremiante, el pleno puede solicitarle a la Comisión, que emita un dictamen de urgencia para ser conocido en la misma sesión.

En casos extremos, puede aprobarse la dispensa de trámites, omitiéndose el dictamen de la comisión Arts. 7, 15, 33 y 35 RIAL.

El número de Comisiones permanentes de la Asamblea, es variable, así como el numero de sus integrantes, lo que decide el pleno al momento de organizarse, en cada nuevo periodo; actualmente existen catorce comisiones: 1) Comisión Política, 2) Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales; 3) Comisión de Hacienda y Especial del Presupuesto; 4) Comisión de Economía; 5) Comisión

del Medio Ambiente; 6) Comisión de Trabajo y Previsión Social; 7) Comisión de Relaciones Exteriores; 8) Comisión del Interior y Seguridad Pública; 9) Comisión de Obras Publicas; 10) Comisión de Justicia y Derechos Humanos; 11) Comisión de la Familia, la Mujer y el Niño; 12) Comisión de Defensa y Seguridad Pública; 13) Comisión de Cultura y Educación; 14) Comisión de Gracias y Excusas.

Igualmente, pueden crearse Comisiones Especiales o ad hoc, para dictaminar sobre un asunto determinado Art. 313 No. 32 Const. Todos, funcionarios, empleados y particulares están obligados a colaborar con las Comisiones Especiales, y la comparecencia será obligatoria, aplicándose el procedimiento judicial; sus conclusiones no son vinculantes Art. 132 Const. -411 Pn.

Segunda Lectura del Proyecto y del dictamen de la Comisión.

Uno de los Secretarios de la Asamblea, lee por segunda vez el proyecto, luego, el Secretario de la Comisión lee el dictamen, el cual aunque es meramente ilustrativo, se le concede mucha importancia, porque proviene de personas que conocen el asunto, encontrándose en condiciones de orientar a los demás miembros, acerca del tema.

Discusión.

Es la deliberación del pleno sobre los distintos aspectos del proyecto en debate. La oportunidad, número y duración de las intervenciones, y todas

aquellas normas que garantizan una discusión fluida y ordenada, constituyen el llamado derecho parlamentario.

No es remoto que, producto del calor de la discusión, la sesión sea alterada por desordenes; es algo que ocurre en todas partes del mundo; los legisladores pierden la compostura, llegando al insulto o la agresión física, olvidando la responsabilidad con el electorado.

También puede ocurrir que un diputado, con mucha experiencia o autoridad, o hábil orador, o demagogo simplemente, influya decisivamente en los debates, con resultados negativos.

El presidente de la Asamblea, en carácter de Director de Debates, conduce la discusión, concede la palabra, y da por terminada la discusión cuando lo considera oportuno Art. 39 RIAL.

Votación.

Finalizados los debates, se pasa a votar, para determinar si se aprueba o no el proyecto. Según el número de votos necesarios para su aprobación, la votación puede ser simple o calificada. La votación simple requiere los votos de la mitad más uno de los diputados electos Art. 123 inc. 2º. Const. La votación calificada requiere los votos favorables de los dos tercios o tres cuartos de los diputados electos. Se requieren dos tercios en los casos de los Arts. Constit.: 131 N.º. 20, 27; 137 inc. 2º., 138, 187, 186, 192, 208, 248, 148 inc. 2º. Requieren tres cuartas partes: 147 inc. 1º. 2º.; 29 inc. 2º.

Por su forma, la votación puede ser normal o nominal y pública. Regularmente, se vota alzando la mano. La votación nominal y pública, consiste

en asentar en el acta de la sesión respectiva, el voto de cada diputado y su nombre. Además de los casos del Art. 131 N.º. 17 y 19 Const. se votará en esta forma cuando así lo acuerde la Asamblea Art. 40 ARIAL.

Aprobación.

De conformidad al número de votos requeridos, el proyecto puede ser aprobado o rechazado.

En el primer caso, se elabora el texto definitivo del Decreto Legislativo, el cual deberá ser suscrito, al menos por la mayoría de los miembros de la Junta Directiva, Art. 134 Const.

Cuando el proyecto es rechazado, por no haberse obtenido el número de votos necesario para su aprobación o ratificación, podrá volverse a presentar después de seis meses, Art. 143 Const. En este artículo, la aprobación se refiere al proyecto de ley; y la ratificación, a los tratados Art. 131 N.º. 7 y 144 a 149 Const.

Decreto Legislativo.

Se elaboran tres ejemplares del Decreto Legislativo, uno de ellos queda en el archivo de la Asamblea; los dos restantes se envían al Presidente de la República, a más tardar dentro de los diez días siguientes 134 Const.

Este trámite pone fin a la fase legislativa normal, y se continúa la fase ejecutiva.

Funciones esenciales del Órgano Legislativo.

Entre las atribuciones de la Asamblea Legislativa la más importante

es la del Art. 131 N°. 5 “Decretar, interpretar auténticamente, reformar y derogar las leyes secundarias”. La más importante, porque como representante del soberano, le corresponde elaborar las normas de carácter general.

También es atribución de la Asamblea Legislativa, ratificar los tratados o pactos que celebre el Ejecutivo, o denegar su ratificación Art. 131 N°. 7 Const. Y en estrecha relación con las disposiciones citadas, el Art. 142 Const. Para interpretar, reformar o derogar las leyes secundarias, se observarán los mismos tramites que para su formación”.

Se llama interpretación auténtica, a la explicación que hace la Asamblea Legislativa, acerca de las frases o palabras dudosas o de diverso significado, contenidas en una ley, estableciendo el sentido correcto que debe dárseles; el texto de esa interpretación se entiende incorporado a esa ley, pero no efecta las sentencias judiciales ejecutoriadas dictadas anteriormente, fundadas en dicha ley Art. 9 C. Civil.

Reformar es cambiar, modificar el contenido de una ley, sea agregando o suprimiendo palabras o preceptos completos.

Derogar, es sinónimo de abrogar, consiste en la extinción o supresión de la ley Art. 50 C. Civil.

Por su amplitud, la derogación puede ser expresa o tácita. En la derogatoria expresa, el legislador manifiesta explícitamente que la ley queda derogada. La derogación tácita, se produce cuando la nueva ley, contiene disposiciones que contradicen, o no se concilian con la antigua ley. Se aplica el criterio interpretativo: “Ley posterior, deroga ley anterior”. -La

ratificación de los tratados o pactos por la Asamblea Legislativa, consiste en la confirmación o aprobación que de ellos hace dicho órgano. La Constitución no establece como debe ser el procedimiento para la ratificación, lógicamente se ha entendido, que debe aplicarse el proceso de formación de la ley.

Fase Ejecutiva.

Recibido el Decreto Legislativo, el Presidente de la República tiene a su cargo la sanción, promulgación y publicación Art. 168 (8) Const. La palabra sanción tiene, principalmente dos significaciones jurídicas, sanción, como la consecuencia negativa que establece la ley, ante el incumplimiento del deber jurídico: multa, prisión, indemnización, etc. Y sanción como la confirmación solemne que hace el jefe de Estado, de un decreto legislativo. En este sentido está tomada la palabra, el Presidente de la República sanciona, aprueba la ley.

En cuanto a la distinción entre promulgar y publicar, constituye un tema que ha provocado numerosas disquisiciones bizantinas, relativas a sus semejanzas y diferencias, debido a que gramaticalmente, son sinónimos Art. 6 y 7 C. Civil.

A pesar de lo anterior, es obvio que, de acuerdo a la Constitución, se trata de actos distintos, conforme a los Art. 140 y 168 N°. 8.

Conforme a lo expuesto, Promulgación es el acto por el cual, el Presidente de la República da fe de la existencia de la ley, la da a conocer a los habitantes, y ordena su cumplimiento.

La publicación, es el acto material de hacer del conocimiento general el contenido de la ley.

Según el Art. 137 Const. el jefe de Estado tiene un plazo de ocho días para devolver el proyecto de ley a la Asamblea Legislativa, con observaciones o vetándolo; sino lo hiciere, deberá sancionarlo, promulgarlo y publicarlo.

La participación del Órgano Ejecutivo, en el proceso legislativo, es una modalidad de control constitucional, necesaria en un Estado democrático.

Excepcionalmente, el Art. 135 inc. 2º. Const., señala los casos en los que no es necesaria la sanción presidencial, entre otros motivos, por referirse a cuestiones de orden interno propios de la Asamblea, o cuestiones en que tiene interés el Presidente de la República o sus Ministros y es inconveniente su intervención; o la elección de funcionarios en las cuales la actuación de la Asamblea, debe ser independiente.

El Art., 139 Const. señala un plazo de 15 días para la publicación de la ley en el órgano oficial, o sea el Diario Oficial; de no hacerlo así, lo puede mandar a publicar el Presidente de la Asamblea, sea en el Diario Oficial, o en otro de los de mayor circulación. Lo anterior no excluye, de que, por tratarse de leyes muy importantes, siempre se publiquen en los periódicos particulares, para lograr un mejor conocimiento de ellas.

El Art. 141 Const. previene el caso, de que la ley publicada contenga errores de impresión; en tal caso, deberá hacerse una nueva publicación en los 10 días siguientes, la cual será considerado el texto autentico, y a partir de la fecha

de esta última publicación, se contará la vigencia de la ley.

Vigencia de la ley.

Entre la publicación y la vigencia u obligatoriedad, media un periodo llamado indistintamente, *vacatio legis*, *vacancia de la ley*, o *vacación de la ley*, lapso durante el cual, el legislador pretende que la población tenga conocimiento de la ley. Pasado ese periodo la ley entra en vigencia y se vuelve obligatoria erga omnes con todas sus consecuencias. Se critica duramente el que el legislador, o mejor aun, el Estado, de por supuesto que todos conocen la ley, cuando es universalmente reconocido que tal supuesto es falso; pero es la única forma de imponer su obligatoriedad. Es la "ficción de conocimiento de la ley", o dicho de otra manera: "la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento." En relación a esa ficción, el jurista argentino Alfredo Palacios, señala: "Suponer que se conocen las leyes es pueril. Se trata de una ficción. Pero se afirma que es necesario para conservar el orden social. Entonces, el orden social de las naciones modernas no puede asentarse sobre la verdad; necesita de una distracción; de un artificio gigante, monstruoso, que condena a los hombres a caminar a ciegas; que los condena a regir su conducta por caminos que les son y que fatalmente han de serle ignorados". Sobran los comentarios.

El Art. 140, al regular la obligatoriedad, establece dos situaciones:

a) En las leyes de carácter permanente, la *vacatio legis* no puede

ser menos de ocho días, pero puede ser mayor; cuando se trata de leyes muy importantes (ley de educación, Ley de Transporte, o de Códigos), siempre se da un plazo más amplio, un año para el caso.

b) En las leyes transitorias el plazo puede ser menor, o puede suprimirse; en este último caso la ley entra en vigor inmediatamente. Ejemplo, la suspensión de garantías constitucionales. Art. 131 N°. 27 Const.

5.3.3.3 Casos especiales dentro del proceso de formación de la ley.

Devolución del Decreto Legislativo con observaciones.

Art. 137, Inc. 3°. Const. El Presidente de la República, dentro de los ocho días de recibido el Decreto, lo devuelve a la Asamblea, sin oponerse al mismo, pero haciendo advertencia o comentarios sobre su contenido. La Asamblea lo reconsidera, decidiendo por mayoría simple. Si lo confirma, se lo devuelve al Presidente para el trámite normal.

Veto.

Veto, del latín *vedo* o prohibo. Es una forma de control de la actividad legislativa por parte del Ejecutivo, oponiéndose a sancionar, promulgar y publicar la ley.

Por sus efectos, el veto puede ser suspensivo o definitivo. El suspensivo, únicamente interrumpe el proceso de formación de la ley.

El veto definitivo paraliza completamente el proceso en relación a esa ley. Por su forma, el veto puede ser parcial o total. Cuando el veto es

parcial, únicamente se rechazan determinadas regulaciones, cuando es total, se prohíbe toda la ley. La Constitución dice, Art. 137 inc. 1°, "Cuando el Presidente vetara un proyecto de ley lo devolverá a la Asamblea", etc.

De lo anterior, se deduce que la Constitución establece el veto suspensivo y total. Hace algún tiempo, el Presidente sancionó el Código Electoral, pero al mismo tiempo veto dos artículos del mismo. Esto tuvo como resultado un debate público, en el cual se rechazó esa decisión, estableciéndose finalmente que, conforme a la ley fundamental, no hay veto parcial.

Por su calidad, el veto puede ser veto simple, o veto por inconstitucionalidad.

Veto simple. El Presidente devuelve el proyecto, señalando en forma concreta, las razones en que fundamenta el veto. El pleno legislativo delibera, y si ratifica el proyecto con el voto favorable de los dos tercios (56 votos) lo devuelve al Presidente quien deberá sancionarlo, promulgarlo y publicarlo. Art. 137 Const.

Veto por inconstitucionalidad. El Presidente devuelve el proyecto por estimarlo violatorio de la ley fundamental. Si la Asamblea lo ratifica con los dos tercios (56 votos), lo devuelve al Presidente. Este dentro de tres días, lo envía a la Corte Suprema, quien mandará oír los argumentos de ambas partes, y decidirá finalmente sobre si hay o no inconstitucionalidad. Se fija un plazo de 15 días para la decisión, plazo que en la práctica es mucho más largo.

5.4.1 LOS TRATADOS.

5.4.1. Generalidades.

El haber incluido en la Constitución Salvadoreña, una sección sobre los tratados, fue una decisión acertada, aunque algunas cuestiones que se incorporaron no sean del todo convenientes, como se verá adelante.

Los Arts. 144 a 149 de la Constitución de 1983, se refieren específicamente a los tratados. El Art. 144 Const. establece dos reglas, de las cuales aparece inequívocamente, que los tratados son fuente directa de derecho, a saber: 1) Los tratados vigentes, constituyen leyes de la República; 2) En caso de conflicto entre la ley y el tratado, prevalece el tratado.

En el estado actual de las relaciones internacionales, existe una imprescindible dependencia entre los países, pues aun aquellos económicamente poderosos, necesitan vincularse de diversas maneras con los demás Estados. Esas relaciones entre los Estados, se formalizan por medio de los tratados, la fuente más importante de derecho internacional, y cada vez con mayor relevancia en el derecho interno. Así como en el derecho privado, las partes libremente celebran contratos de diversa índole, en igual forma, en el derecho internacional, los Estados establecen, modifican o extinguen obligaciones, por medio de los tratados.

Desde tiempos remotos, los pueblos han celebrado compromisos de diversa índole. Uno de los tratados más antiguos que se conoce, es el celebrado por el faraón Rhamses II con el rey de los hititas, Hattusil III, en 1296 A.C.

para poner fin a una guerra de dos siglos, que agotó a los dos pueblos, sin posibilidades de triunfo para ninguno de ellos.

Entre los griegos, se conocían los Anficionias, o alianzas religiosas entre las tribus que vivían alrededor de un templo; también, las sinmaquias, tratados de alianza político militar; las más famosas, fueron la sinmaquia de los lacedemonios, comandada por Esparta, y la de Delos, liderada por Atenas. Siglo VI A.C., las relaciones entre ellas eran hostiles.

Igualmente, los romanos desplegaron una hábil diplomacia, celebrando con diferentes pueblos, vecinos o lejanos, tratados de distinta naturaleza, para darle mayor poder a su imperio.

5.4.2. Definiciones.

"Un tratado es un convenio celebrado normalmente entre dos o más Estados, bajo el Derecho Internacional general."²³

"Se reconoce entonces la denominación técnica de tratado, a los compromisos internacionales celebrados con la intervención formal del órgano investido de competencia para la conclusión de los mismos, o sea, en la mayoría de los países, con la intervención formal del jefe de Estado."²⁴

"a) Se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y

23 Kelsen, H. Ob. Cit. Pág. 317.

24 Rousseau, Ch. Derecho Internacional Público Profundizado. Pág. 31. Editorial La Ley. Buenos Aires, Argentina. 1968.

regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único, o en dos o más instrumentos conexos, y cualquiera que sea su denominación" Art 2 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969).

5.4.3. Denominación.

No existe un criterio científico para denominar los acuerdos internacionales, lo más correcto es llamarlos tratados. En la Constitución, además de tratado, se usan las palabras Convenio (Arts. 10 y 89), Convención (Art 168 No. 4 y 147 inc 2^o), Pacto (Art 147 inc 1o, y 131 No. 7), como equivalentes a tratado.

Al respecto, el tratadista Rousseau señala, "En la práctica, la terminología utilizada para designar los tratados internacionales stricto sensu, es tan variada como mal utilizada. Los terminos siguientes son los utilizados con mayor generalidad, tratado, Convención, pacto, carta, estatuto, acta, declaración, protocolo, arreglo, acuerdo, modus vivendi, convenio, Constitución, etc. Como ninguna razón de necesidad rige la terminología de esos diversos instrumentos convencionales, es fácil ver que todos pueden ser igual e indiferentemente utilizados para la realización de una operación jurídica, ya que actos de la misma naturaleza material pueden ser realizados con ayuda de procedimientos técnicos variables. Hay equivalencia material entre esos diferentes instrumentos jurídicos, estando todos dotados de la misma fuerza obligatoria."²⁵

En consecuencia, conforme la

25 Rousseau, Ch. Ob. Cit. pág. 33.

práctica internacional, el nombre que tenga el acuerdo internacional es irrelevante, lo que importa es que produzca efectos jurídicos. No obstante, la costumbre otorga a algunas de esas denominaciones, significados determinados, por ejemplo algunos términos tienen un significado solemne, Carta de Naciones Unidas, Pacto del Atlántico; concordato, los tratados que celebra el Estado del Vaticano; Compromiso, acuerdo en que se establece el procedimiento de un arbitraje o un juicio; armisticio, tratado militar; modus vivendi, acuerdo de carácter provisional; protocolo, documento anexo, aclaratorio o interpretativo de un tratado principal.

5.4.4. Clasificación.²⁶

a) Por el número de partes: bilaterales y multilaterales.

En los bilaterales, los Estados contratantes contraen compromisos de carácter particular, que sólo a ellos interesa. Por el caso, un tratado de límites, o de ayuda técnica o económica.

En los multilaterales, se resuelven cuestiones de tipo general, que interesan a todos los Estados. Ejemplo: las relaciones diplomáticas; el tráfico aéreo; el derecho del mar.

b) Según la intención de asociarse (affectio societatis)

Se dividen en Abiertos, parcialmente abiertos y cerrados.

26 De la Guardia, E. y Delpech, M. El Derecho de los Tratados y la Convención Cf. de Viena de 1969. Pág. 34 y s. Editorial La Ley. Argentina, 1970.

En los tratados abiertos, se permite la incorporación de nuevos Estados miembros, con posterioridad a su celebración. El mejor ejemplo de esta clase de tratados, es la Carta de las Naciones Unidas, suscrita en 1945 por cincuenta Estados, actualmente cuenta con más de ciento setenta miembros.

Abiertos parcialmente o semi abiertos. Son aquellos tratados que permiten la incorporación de nuevos miembros después de su celebración, pero en forma limitada, en razón de la ubicación geográfica de los Estados, o de su posición ideológica. Ejemplo la Organización de Estados Americanos, nació en 1945 con veintiún estados actualmente cuenta con treinta y seis miembros. La Unión Pan Africana, La Unión Europea, La Liga Árabe.

Cerrados. Se llaman de esta manera, los tratados que no tienen previsto la incorporación de nuevos Estados, aparte de los firmantes originales. Ejemplo, un tratado de límites, de aduanas, de donación.

c) Por su contenido. La materia sobre la que versa un tratado es sumamente variable, tal como lo son las necesidades de los pueblos. Hay tratados políticos, económicos, militares, culturales, de ayuda técnica, de extradición, mercantiles, etc.

d) Por su naturaleza jurídica: Tratados Ley y Tratados Contrato.

Es una de las clasificaciones más antiguas; sus antecedentes se remontan a las teorías de Hugo Grocio (Holanda-Siglo XVI) el fundador del Derecho Internacional. Se le concede mucha importancia para el estudio de las fuentes del derecho internacional

Los tratados Ley, generalmente multilaterales, desarrollan principios comunes, abstractos, de aplicación general. Ejemplo: un tratado sobre Relaciones Consulares, sobre Derecho del Mar, sobre Derechos Humanos.

Los tratados Contrato, casi siempre bilaterales, contienen cuestiones de carácter particular, que únicamente interesan a los Estados contratantes, Ejemplo; un tratado de límites, de Ayuda Mutua. La distinción en comento ha gozado, desde sus inicios, de gran aceptación, contando entre sus seguidores, a distinguidos internacionalistas, como Fauchille, Bergbohm, Anzilotti, Triepel.

Actualmente, esta clasificación es muy cuestionada, fundamentalmente porque en lo esencial no hay mayor diferencia entre los tratados ley y los tratados contrato, pues ambos crean normas jurídicas. Kelsen, uno de los críticos mas acerbos de esta distinción, se expresa de la siguiente forma: "esta distinción es incorrecta. Porque el derecho en general y el derecho en particular, son medios para un fin" y no fines en sí. Es función esencial de un tratado, legislar, es decir, crear una norma jurídica."²⁷

5.4.5 Los tratados y la Constitución de 1983.

Como quedó dicho, en la sección TRATADOS, se incorporan, Art. 144. Dos principios importantes:

1. Los tratados vigentes son leyes de la República;

27 Kelsen, H. Principios de Derecho Internacional. Pág. 273.

2. En caso de conflicto entre la ley y el tratado, prevalece el tratado.

Los Art. 145 y 146, establecen prohibición para celebrar o ratificar tratados, pero tal como están redactados, parece innecesario el inciso primero del Art. 146, Const., porque está incluido en el Art. 145, que trata en forma general la prohibición de ratificar los tratados que restrinjan o afecten las disposiciones constitucionales y el 146 inc. primero, se refiere a casos particulares, ya incluidos en la prohibición general.

La parte final del Art. 145, Const., determina que "las reservas que se hacen a un tratado, no son leyes de la República, esto es una perogrullada, que no merece encontrarse en un texto fundamental, es como si dijera que una ley derogada no debe aplicarse. La palabra Reserva,²⁸ es un término técnico, propio del derecho internacional, y en ese contexto debe ubicarse.

El Art. 146 inc. 2º, Const., prohíbe los tratados o contratos con empresas nacionales o extranjeras, en los cuales se someta el Estado Salvadoreño a la jurisdicción de un Estado extranjero. Lo anterior, porque se estaría vulnerando la soberanía. Distinto el caso que regula el inciso tercero del Art. 146, Const., el cual autoriza someter la decisión a arbitraje

28 Se entiende por "reserva" una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha p o r un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado. Art. 2, letra d. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

o a un tribunal internacional, porque en este caso ambos Estados se encuentran en igualdad de condiciones, y la decisión final está en manos de un tribunal imparcial.

El Art. 147, Const., establece el voto calificado de las tres cuartas partes de los diputados, para ratificar el Tratado que someta a arbitraje una cuestión de límites o un tratado del Ejecutivo referente al territorio. Debido a su limitada extensión territorial, todo lo referente a límites o cuestión territorial, es asunto muy delicado e importante para los salvadoreños, ello explica el voto calificado en estos casos.

Atención especial amerita el Art 149, que en su primer inciso, autoriza a los tribunales para declarar la inaplicabilidad de los tratados; y en el inciso segundo, faculta a la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, para declarar la inconstitucionalidad de los tratados. Lo anterior significa, que la Asamblea Constituyente equiparó a los tratados, la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de las leyes- Arts. 183 y 185 Const. Otorgar similar tratamiento, a dos órdenes normativos distintos, constituye una grave equivocación, que se magnifica cuando el error esta contenido en la Constitución. En el derecho interno, el Estado actúa con su poder soberano, en el Derecho Internacional, el Estado debe respetar y cumplir los tratados de buena fe, (Pacta Sunt Servanda) uno de los principios torales del Derecho Internacional.

El Doctor Miguel Rafael Urquilla, ex embajador de El Salvador ante las Naciones Unidas, previno anticipadamente, de no adoptar estas regulaciones, porque, de acuerdo con el

Derecho Internacional, "Un Estado no puede invocar su propia Constitución contra otro Estado, para substraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional (Consuetudinario), o los tratados en vigencia". La misma comisión Redactora del Proyecto en su Informe Único, "reconoce que desde el punto de vista del Derecho Internacional, el incumplimiento por parte de El Salvador de un tratado celebrado de buena fe con otra parte, y que es contrario a los preceptos constitucionales salvadoreños, da derecho a una reclamación internacional de reparación por dicho incumplimiento, en los términos aceptados por el propio Derecho Internacional que regula esta situación".

En conclusión, decretar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de un tratado traería graves problemas al Estado, porque esos instrumentos internacionales tienen sus propios mecanismos para entrar en vigor, y para desligarse de ellos, por medio de la denuncia, conforme a las reglas del mismo tratado.

Lo más conveniente, sería derogar esta disposición, por estar en contradicción con principios fundamentales de derecho internacional.

5.5 LOS REGLAMENTOS.

Aunque de jerarquía inferior, los reglamentos tienen las características de generalidad, impersonalidad y permanencia de las leyes materiales.

La función reglamentaria cobra especial importancia en el campo del derecho administrativo, permitiendo que la actividad ejecutiva tenga mayor eficacia y agilidad, para resolver los

problemas concretos que cotidianamente se presentan en la aplicación de las leyes.

"Por su naturaleza, desde el punto de vista formal, el acto reglamentario es un acto administrativo, pero materialmente se identifica con la ley; es un acto administrativo que crea, modifica, o extingue, situaciones jurídicas generales.²⁹

Entre la ley y el reglamento, cabe respetar dos principios sustanciales: a) Primacía de la ley. Significa que, como consecuencia de su mayor jerarquía, la ley está sobre el reglamento; éste no puede contradecirla, ni derogarla, pero la ley sí puede derogar un reglamento.

Además, por efecto del principio de Congelación del Rango, si determinada materia ha sido regulada por una ley, sólo puede seguir siendo regulada por otra ley; pero si puede ocurrir lo contrario, que una materia regulada por un reglamento, sea posteriormente regulada por una ley. Ejemplo: El Reglamento General de Tránsito, del año 1946, fue derogado y sustituido por la Ley de Transporte Terrestre, Tránsito y Seguridad Vial, en 1995.

b) La reserva de Ley.

Es una figura muy importante en el derecho constitucional. Por medio de ella se sustrae de la competencia normativa del Ejecutivo, a determinadas materias, las cuales, debido a la importancia que les reconoce el constituyente, sólo pueden ser regladas por una Ley; dicho en otra forma, su

²⁹ Fraga Gabino. Derecho Administrativo. Pág. 105. Editorial Porrúa. México. 1963

desarrollo es atribución exclusiva del Legislativo.

Inicialmente, con las monarquías constitucionales, la Reserva de ley, es el producto de la confrontación entre el Rey y la Asamblea Legislativa, que tenía la representación popular. Actualmente, aceptando que el Organo Legislativo, al menos en teoría, es el primer poder del Estado, se le concede competencia para regular por medio de leyes, materias relevantes en un Estado Social y Democrático de Derecho, relacionadas con los derechos fundamentales, los tributos o cuestiones políticas, principalmente. El jurista salvadoreño, Doctor Alvaro Magaña, es autor de un erudito y muy importante trabajo sobre la reserva de ley, desde la vertiente del derecho tributario.³⁰

Para identificar las materias protegidas por la reserva de ley, el constituyente utiliza fórmulas diversas. He aquí algunos ejemplos: "Conforme a la Ley"; Art. 2 inc. tercero; Art. 6 inc. último; Art. 12 inc. primero; Art. 17 inc. segundo; Arts. 22 y 23. "La ley determinará". Art. 23, Art. 38 No. 6 y 12; Art. 51, Art. 103.

"Con arreglo a las leyes" Art. 5 último inc. y 6 último inc.; Art. 11. "Una ley especial", Art. 61, Art. 118; Art. 217 Inc. segundo. "en virtud de una ley" Art. 38 N°. 10; Art. 231.

En ocasiones, explícitamente, se refiere a un Código Arts. 38 inc. 1°. y 203 inc. 1°.

30 Magaña, Alvaro. Derecho Constitucional Tributario. El principio de legalidad. Proyecto de Reforma Judicial II. Talleres Gráficos UCA. El Salvador. 1993.

Con esos ejemplos, y otros más que pueden darse, no se explica el que haya quienes sostengan que en el sistema salvadoreño no existe la reserva de ley.³¹

Normalmente, la potestad reglamentaria la otorga la Constitución. Por excepción, la ley puede conceder tal facultad, como lo establece en el Art. 51 numero dos, de la Ley Orgánica Judicial; el Art. 42 N°. uno, de la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura; los Arts. 20 letra (a) y 21 letra (a), de la Ley Orgánica de la Universidad de El Salvador.

Clases de reglamentos.

Constitucionalmente, hay dos clases de reglamentos, el Reglamento Autónomo y el Reglamento Ejecutivo o de aplicación.

Los reglamentos Autónomos, emanan directamente de la Constitución, no de una ley; son normativas de autoorganización; el texto fundamental contiene tres casos: El Reglamento Interno de la Asamblea Legislativa- Art. 131 N°. uno Const., El Reglamento Interno del Órgano Ejecutivo, y el Reglamento Interno del Consejo de Ministros Art. 167 No. uno Const. Los reglamentos Ejecutivos o de Aplicación Art. 168 N°. 14 Const. son los verdaderos reglamentos; contienen regulaciones del Órgano Ejecutivo, que tienen por finalidad facilitar la aplicación de las leyes, las cuales por su generalidad, dejan aspectos concretos de detalle que es necesario normar a

31 Cfr. Revista de Ciencias Jurídicas No. 1, Pág. 297 y 342 Proyecto de Reforma Judicial. República de El Salvador. 1991.

través de disposiciones reglamentarias.

Mención aparte, merece el llamado Reglamento de Urgencia, del Art. 167 N°. 6 Const., en el cual autoriza al Consejo de Ministros para decretar o suspender el Régimen de Excepción, "si la Asamblea no estuviere reunida" Esta norma tiene su origen en el Art 78 N°. 47 de la Const. de 1950, con igual numeración y redacción en la Constitución de 1962. En esas Constituciones, la Asamblea Legislativa, al igual que en muchos otros países no sesionaba permanentemente, sino que tenía dos períodos de sesiones anuales, que comenzaban el primero de junio y el primero de diciembre de cada año. En la actualidad, este caso no puede darse, porque la Asamblea Legislativa sesiona ininterrumpidamente todo el año: formalmente siempre está reunida. A pesar de ello, durante la ofensiva de los insurgentes en noviembre de 1989, se decretó el Régimen de Excepción en base a este Art. 167 N°. 6, en forma inconstitucional.

5.6 LEYES ATÍPICAS O IRREGULARES.

5.6.1 Decretos con fuerza de ley. "Es una ley en sentido amplio, es decir, declarativa de derechos y obligaciones en abstracto, general e impersonal, pero que no sigue los procedimientos constitucionales, establecidos para la formación de la ley en sentido estricto."³²

La mayoría de las

32 Navarrete Azurdia, Salvador. Glosario Constitucional Salvadoreño. Pág. 73. Revista de Ciencias Jurídicas, N°. 5. Proyecto de Reforma Judicial. Talleres Gráficos UCA. El Salvador, 1993.

constituciones modernas, especialmente las europeas continentales, regulan esta delegación de funciones que hace el Legislativo, en el Ejecutivo, para que pueda dictar normas generales sobre materias específicas y en períodos determinados. La Constitución de España, al autorizar la delegación, Art. 82, señala que la delegación se dará al Gobierno en forma expresa para materia concreta, con fijación de un plazo para su ejecución.

Dada la compleja diversidad de asuntos que deberán resolver los Estados, se justifica la delegación, siempre que se tomen las medidas necesarias destinadas a prevenir abusos. Para legislar acertadamente sobre ciertas materias, sobre cuestiones ecológicas; sobre telecomunicaciones, hidrocarburos, tránsito, abonos químicos, etc., se debe poseer una preparación especializada, la cual están muy lejos de tener los parlamentarios; con la delegación, también se están soslayando las demoras del Legislativo, siempre saturado de trabajo. Se obvia también el caso de que un proyecto de ley, urgente e importante, sea rechazado por motivaciones partidarias, o, por ignorancia de los legisladores, se le hagan modificaciones que lo vuelvan nugatorio. En síntesis, la delegación legislativa es conveniente y eficaz, siempre que se tomen las medidas pertinentes para evitar excesos.

En El Salvador, los decretos con fuerza de ley o leyes delegadas, son inconstitucionales, porque el Art. 86 establece que "las atribuciones de los órganos de gobierno son indelegables".

5.6.2 Decretos Leyes. Es una ley en sentido material, pero no en sentido formal.

"El decreto ley opera generalmente en los gobiernos de facto, cuando la persona o el organismo colegiado que asume el poder, ejerce la función legislativa por medio de esa clase de decretos".

"Además se da en gobiernos constitucionales, cuando el Ejecutivo asume la función legislativa en períodos de emergencia nacional, sin delegación legislativa, pero facultado por la Carta Magna"³³

En el país, como en muchos países latinoamericanos, se han vivido largos períodos, gobernados por decretos leyes. Durante el lapso de 1948 a 1950, se dictaron numerosos decretos leyes que constituyen el núcleo de la legislación laboral actualmente.

Posteriormente, en 1978, el gobierno de facto de esa época, legisló sobre materia agraria.

Según el Art. 86 Const. antes citado, los Decretos leyes son inconstitucionales pues representan una usurpación de funciones del Ejecutivo.

6. LA COSTUMBRE.

6.1 Generalidades.

"La costumbre es un uso implantado en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que lo conforman". Francois Geny.

En los pueblos primitivos existe una costumbre indiferenciada, constituida por una confusa mezcla de ordenes normativos, reglas morales,

religiosas, higiénicas, jurídicas, usos sociales. Con la evolución social, se van diferenciando los sistemas normativos. La aparición del derecho escrito, por su certeza, constituye un gran avance para la humanidad. Un lejano antecedente, es el Código de Hammurabí Rey de Babilonia, año 2,000 A.C., descubierto por Morgan en 1901, escrito en un bloque de piedra, contiene normas de derecho civil, mercantil, administrativo, penal, laboral.

La ley de las XII tablas, en Roma, S III A.C., constituye la recopilación del derecho consuetudinario de la época.

En los países de derecho escrito, la costumbre no tiene mucha importancia, al contrario de lo que sucede en países como el Reino Unido, los Estados Unidos, Canadá, en los cuales constituye su factor determinante en los fallos judiciales.

6.2 Elementos de la costumbre.

Con su agudo sentido analítico, los antiguos juristas romanos, habían señalado en la costumbre dos componentes; a) Un elemento material u objetivo (inveterata consuetudo). Es el hecho evidente de la repetición de un comportamiento, el cual debe ser uniforme, común o general para toda la comunidad, y que se haya repetido durante un largo período. Sobre este último, pese a largas y tediosas polémicas bizantinas entre los canonistas, no hay consenso en determinar el número de actos, o el tiempo necesario para tener por establecida una costumbre jurídica; ello queda a criterio del Juez, b) Un elemento espiritual o subjetivo (opinio

33 Navarrete Azurdia, Salvador.
Ob. Cit. Pág. 74

juris seu necessitatis) Es la convicción de que aquella repetición de actos, tiene un contenido jurídico. Es el elemento más importante, pues es lo que le da el carácter de fuente de derecho.

6.3 Clases.

Por la materia de que trata, la costumbre puede ser civil, mercantil, de derecho internacional, laboral, etc.

Por su posición ante la ley, puede ser costumbre según la ley, contra la ley, o fuera de la ley.

Costumbre Según la ley (secundum legem) Asume dos modalidades, sea como una práctica general de interpretar una ley; o cuando por disposición expresa de la ley, remite a la costumbre la regulación de un caso determinado. En el Código Civil los Arts. 1417 (ejecución de los contratos; Art 1626 (venta a prueba; Art. 1728, 1732. 1739 en el contrato de arrendamiento; Art. 1877 (en el mandato). Esta costumbre no es obligatoria por sí, sino que es la ley que recurre a ella.

Costumbre Contra la ley (contra legem) Cuando con la costumbre se está violando la ley. No es permitida en los países de derecho escrito. El Art. 140 Const. establece el principio de autoridad formal de la ley.

Costumbre fuera de la ley (praeter legem) Sólo tiene aplicación cuando la ley no ha previsto el caso; su función consiste en llenar las lagunas de la ley, tiene un efecto integrador. Art. 1, C. Com. Según este Art. 1 C. de Com., la costumbre mercantil puede ser general o local; la local es propia de un lugar o plaza determinado y tiene preferencia sobre la general.

6.4 La Costumbre en la Enciclopedia Jurídica.

En Derecho Constitucional, se refiere principalmente al comportamiento de los titulares del poder político. La exigencia de la repetición, elemento material es menor, a veces un sólo acto es suficiente para establecerla. Igualmente en el Derecho Administrativo.

La mayoría de tratadistas, sin embargo, sostienen que la Constitución rígida, excluye la costumbre como fuente.

En el derecho civil, solo tiene aplicación la costumbre según la ley. Art. 2 C. Civil.

En lo mercantil, se aplica la costumbre según la ley, y fuera de la ley, Art. 1 C. de Com.

En lo penal, no tiene aplicación la costumbre. El principio de legalidad, conquista del liberalismo, señala que no puede haber delito, ni pena, sin ley previamente establecida: "Nulla poenae, nulla crimen, sine lege". Arts. 1 del C. Penal y 15 Const.

En materia laboral, el Art. 52 Const. y el 24 letra (e) C. de Tr. La costumbre de empresa cumple una importante función, derogando, o mejor anteponiéndose, a cualquier norma que la contrarié, aun la constitucional. Obviamente, debe tratarse de una costumbre de empresa, que ofrezca mejores beneficios al trabajador que otras normas.

En lo procesal. Art. 2 C. de Procedimientos civiles, no tiene cabida la costumbre.

El derecho Internacional Público y Privado, la costumbre ha ocupado un lugar muy importante en las relaciones entre los Estados; a falta de

tratados, muchos asuntos importantes son regulados por la costumbre internacional, por ello ha sido considerada como la reina de las fuentes del derecho internacional.

El Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, al enumerar las normas a aplicar, o sean las fuentes para decidir las controversias, sitúa a la costumbre en segundo lugar, después de las convenciones internacionales.

7 LA JURISPRUDENCIA.

Es una palabra con distintos significados. El emperador Justiniano, S. V. en una famosa y controvertida definición, señala: "La Jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, ciencia de lo justo y de lo injusto". Dicho en otros términos, es el conocimiento del orden universal, es una definición demasiado amplia, por lo cual ha sido duramente criticada.

Jurisprudencia, ciencia del derecho, este es uno de los contenidos de uso común.

Como fuente del derecho, la jurisprudencia tiene principalmente las acepciones siguientes:

1. Doctrinas y sentencias que contienen los fallos judiciales; ésto es, la interpretación de la ley por los jueces.

2. Conjunto de sentencias uniformes de un mismo tribunal, sobre un mismo asunto, que llegan a servir de fundamento a los demás tribunales.

3. Conjunto de fallos uniformes, del más alto tribunal, sobre un mismo asunto, que son de aplicación

obligatoria para los tribunales inferiores.

En El Salvador, el Recurso de Casación procede por infracción de ley o doctrina legal. Doctrina legal, es la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Casación en tres sentencias uniformes y no interrumpidas por otra en contrario siempre que lo resuelto sea sobre materias idénticas en casos semejantes.

De esa forma, por medio de la doctrina legal, la jurisprudencia se vuelve obligatoria para los tribunales inferiores, convirtiéndose en fuente directa de derecho. En los acepciones 1 y 2, es fuente indirecta.

En los países de derecho consuetudinario, Reino Unido, Estados Unidos, Canadá, el derecho es fundamentalmente jurisprudencial, y las sentencias de los tribunales crean un precedente obligatorio. (Stare decisis). La sentencia, entonces, es una norma jurídica imperativa para el mismo tribunal y los tribunales inferiores, aplicables a los casos semejantes que ante ellos se ventilen. Esta jurisprudencia se mantiene hasta que es sustituida por otra interpretación distinta del mismo tribunal, o de otro de jerarquía superior.

8. LA DOCTRINA.

Está constituida por los estudios, comentarios, análisis, que hacen los entendidos, sobre cuestiones legales, o materias jurídicas, diversas, las cuales sirven de apoyo a los litigantes en sus escritos, o fundamentan las sentencias de los tribunales.

Es una fuente indirecta; su obligatoriedad reside en la fuerza de los argumentos que se exponen; en el poder de convicción que tengan las

ideas del tratadista, que influyen en el ánimo del tribunal.

En nuestro sistema, Según el Art. 421 C. de Procedimientos civiles y 418 C. de trab., la doctrina es fuente de derecho.

Es importante señalar que ha habido épocas, en las cuales la doctrina constituyó fuente directa del derecho, obligatoria para los jueces. En Roma, desde Tiberio (42 a 37 A.C.) se otorgó a los jurisconsultos más destacados la facultad de emitir dictámenes obligatorios para jueces o magistrados sobre un caso concreto. El responsum (dictamen), debía estar sellado y firmado, era obligatorio a menos que hubiera otro dictamen contrario. Esta facultad era llamada *ius publice respondendi*, y la otorgaba el Emperador. El Emperador Teodosio II,

dictó la Ley de Citas, llamada "El Tribunal de los muertos", era obligatoria, pero solo podían consultarse las opiniones de los jurisconsultos Gayo, Ulpiano, Modestino, Paulo y Papiniano. En caso de opiniones diversas, prevalecía la mayoría, en caso de empate, se imponía lo que opinara Papiniano. El Emperador Justiniano derogó esta ley.

Algo similar ocurrió en España, en la época de los Reyes Católicos, en 1499, para tratar de resolver muchos problemas legales, se dio fuerza obligatoria a las opiniones de los post glosadores Bartolo de Saxoferrato, Juan Andrés, Baldo de Ubaldis y Nicolás de Tudeschi. Ellos eran los más destacados romanistas y comentaristas de la época. Esa disposición fue derogada en 1505, por la Primera Ley del Toro.